

# NATURALEZA POLICIAL DE LA INVESTIGACIÓN PROCESAL POR DELITO

*José Daniel Hidalgo Murillo*

La iniciativa de reforma constitucional en materia penal que presentara el Ejecutivo federal, recientemente aprobada por el Congreso de la Unión, contiene a juicio del autor —profesor de la Universidad Panamericana— un acierto fundamental: la determinación de que la investigación de un acto delictuoso le corresponde al órgano policial. Con lo anterior, no sólo se pretende que el cúmulo de actividades policiales sean recogidas por el órgano acusador para que el Ministerio Público pueda sostener una acusación amplia y fundamentada ante el órgano jurisdiccional, sino además garantizar, desde una perspectiva filosófica, la supremacía del “bien común” en la fase de investigación, con lo cual se da un mayor fortalecimiento de las garantías individuales y de la justicia social.

## I. ANTECEDENTES

Desde que el Constituyente previó juicios orales en 1917, la oralidad, de nuevo, es tema de estudio en el Congreso. Una tendencia propia del positivismo es buscar que la ley —de preferencia la Constitución— nos diga con claridad qué es lo que debemos hacer. Aún así, la delincuencia organizada se mueve sin necesidad de ley alguna, más bien se aprovecha de ese letargo injustificado. Mientras tanto, el sistema de justicia penal mexicano no logra abrazar el sistema procesal mixto moderno ni admitir el sistema acusatorio.

Quizás es lógica esta real dependencia. Lo que no puede ser lógico es que el “garantismo” encuentre tanta resistencia. Peor aún, que ratificados los tratados de derechos humanos los juristas exijan que, aunque ya esté dicho, sea la Constitución la que fije los niveles de garan-

tismo procesal.<sup>1</sup> Es decir, que para admitir el “garantismo procesal” se exija una norma constitucional que nos lo permita.

Decía Alberto M. Binder que “no es posible construir un juicio oral pleno sin una vigencia amplia del principio acusatorio”.<sup>2</sup> En el mismo sentido pero con objetivo distinto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se pronuncia sobre “la necesidad de que el Estado Mexicano adecue el sistema procesal a un modelo acusatorio”, en el cual “el juez resuelva el asunto sobre la base de los elementos probatorios aportados por las partes, en el marco de los principios de oralidad, publicidad, concentración y contradicción”.<sup>3</sup> Para lograr esto se exige —dice Binder— “una separación absoluta entre el juez y un acusador responsable, que haya preparado él mismo la acusación, se haga cargo de ella y la construya de un modo que permita un verdadero contradictorio”.<sup>4</sup>

Desde una clara política criminal, México —y con nuestro país todos los demás que enfrentan con preocupación el problema de la

1 México se vincula con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) el 23 de marzo de 1981; con la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981; con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) el 23 de marzo de 1981; con el Protocolo de San Salvador (17 de noviembre de 1988) el 16 de abril de 1996; con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) el 23 de marzo de 1981; y con la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989) el 20 de junio de 1990.

<sup>2</sup> Binder, Alberto, “Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina”, en *Contribuciones*, núm. 3, Konrad Adenauer Stiftung/Ciedla, 1996, pp. 7-22. En el Dictamen de la Cámara de Diputados del 12 de diciembre del 2007 se puede leer, en lo referente a la reforma del artículo 20 constitucional, que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. Con ese objetivo, el Dictamen de Reforma exige, en la fracción II, que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”.

<sup>3</sup> *Exposición de Motivos*, Presidente Vicente Fox, 29 de marzo del 2004

<sup>4</sup> Binder, op. cit., pp. 7-22. En la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 6 de marzo de 2008 se puede leer, en lo referente a la reforma del artículo 20 constitucional, que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. Con ese objetivo exige, en la fracción II, que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”.

criminalidad organizada— debe diferenciar seguridad nacional, investigación policial y proceso jurisdiccional.<sup>5</sup> Por ende, cuando los juristas y legisladores procuran debatir sobre los distintos sistemas procesales —inquisitivo, mixto moderno, acusatorio, etc.— lo están haciendo particularmente respecto al sistema procesal por delito que excluye, necesariamente, la investigación preventiva como política criminal encaminada a la seguridad nacional y, en parte, la investigación policial por delito.<sup>6</sup>

Para comprender esta realidad es necesario distinguir que la “prevención” evita (o procura evitar) la acción y/o los efectos de la acción delictiva. La “represión”, por el contrario, conforme al *ius puniendi* que legitima —Derecho Penal subjetivo— la actuación sancionatoria del Estado, saca de escena al Poder Ejecutivo y al Legislativo y “atrae” al Poder Judicial, que a la vez actúa sometido a un “*iter procesal*” que necesariamente ha de ser garantista. Desde la prevención -acción quizá más importante que la represiva-, la política criminal del Estado procura “evitar” el delito y, consecuentemente, las organizaciones delincuenciales.

Cuando no se ha podido evitar el delito o las organizaciones delincuenciales, el Estado se enfrenta al hecho ilícito cometido y sus efectos. El Ejecutivo, entonces, acusa entregando el caso al Poder Judicial con la finalidad de que decida si el hecho se cometió y configura delito —cuerpo del delito—, si el imputado es o no autor de ese hecho —probable responsabilidad— y, consecuentemente, si debe ser suje-

<sup>5</sup> En la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 6 de marzo del 2008 se lee, en el artículo 21, que “la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

<sup>6</sup> Puede estudiarse un ensayo confuso en este sentido, en Carbonell, Miguel, “Cuando la impunidad es la regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto 2006, pp. 351-369. Confuso -he dicho- pues no logra aclarar, desde la impunidad, la disyuntiva entre eficacia policial y sistema procesal garantista. Más propiamente, porque se ignora a quién corresponde la investigación procesal por delito y cuál es su naturaleza.

to de una sanción. El Poder Judicial exige al Poder Legislativo que como le corresponde aplicar una sanción, no le permita equivocarse. He aquí la importancia de las garantías constitucionales del debido proceso. El objetivo de cada uno de los poderes del Estado es distinto, y así debe notarse. Si el Estado —Poder Ejecutivo— quiere declarar la “guerra” a —por ejemplo— la delincuencia organizada,<sup>7</sup> esa guerra no corresponde al Poder Judicial.

## II. GARANTISMO PROCESAL O DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

La historia impide negar que cada país sufra el ataque de “enemigos” que, lógicamente no están dispuestos a “proteger” el bien común, sino únicamente sus intereses particulares a costa de los derechos de los demás. ¿Debemos, desde el Derecho nacional o internacional, tratarlos como tales?

Ante el conflicto al que se enfrenta el Estado —desde cada uno de sus poderes e instituciones— pueden darse respuestas acertadas o desacertadas a la pregunta. Unos han considerado la “doctrina” sobre el Derecho Penal del Enemigo, otros desde el garantismo o debido proceso y algunos desde el derecho a la legítima defensa. Sea cual fuere la respuesta ha de ser clara. ¿Desde la subsidiaridad, qué se propone el Estado cuando busca algo? ¿Qué se propone cuando ante la delincuencia organizada quiere declarar, con deseos de triunfar, una guerra legítima?

Creo que el mayor error de las doctrinas jurídicas actuales ha sido mantener las mismas tres instituciones que facilitan, como frenos y contrapesos, el poder y, consecuentemente, cambiar la función del Poder Judicial —que ha sido llamado a administrar justicia— para exigirle esa guerra. El Estado no puede “desvirtuar” el acometido del Poder Judicial y éste no cuenta —y no puede contar— con “armas” para enfrentarla. No es un “ejército” preparado —ni debe prepararse— para ese objetivo. Entonces la respuesta debe encontrarse en

<sup>7</sup> En la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 6 de marzo del 2008 se define la delincuencia organizada como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. No podemos ignorar que los “niños de la calle” que, para protegerse actúan en compañía de otros, se adecuan a esta definición constitucional. De igual forma implica la reunión en la cafetería del colegio de tres o más alumnos que “planean” robar los exámenes finales de Preparatoria.

alguno de los otros poderes del Estado o en una cuarta institución que asuma esta responsabilidad.

Como ha sostenido Luis Gracia Martín: “la particular y distinta finalidad del Derecho Penal del enemigo tiene que dar lugar [...] a una diferencia en sus principios constitutivos y en sus reglas operativas con respecto al Derecho Penal del ciudadano. En concreto, en el Derecho Penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad”.<sup>8</sup> “Estos principios y reglas propios del Derecho Penal del enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado, y mediante su inocuización”.<sup>9</sup> Es claro que si bien corresponde al Estado, no puede el Poder Judicial participar de este “proyecto” sometido como está, en razón de la prudencia, a la justicia.

Todos los códigos “acusatorios”, incluidos los proyectos de reforma mexicanos y la legislación procesal acusatoria vigente, consignan la frase de que el juicio es la parte esencial —o principal— del proceso. Pero sin pruebas no hay juicio y, por ende, el acopio legítimo de éstas es la parte principal del proceso. Por ello no es sólo el juicio el que debe exigir el contradictorio —aunque debe respetarse el contradictorio en el juicio—, sino la fase de investigación probatoria. La preparación de una acusación que sólo permita el contradictorio en juicio puede hacer del juicio un injusto.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Véase Naucke, Wolfgang, “Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität”, en *Festschrift für G. Bemmman*, Baden-Baden, 1997, pp. 81 y ss., donde propone una renuncia a los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal desfavorable para la criminalidad de Estado. Citado por Gracia Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-02. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-2.pdf>; ISSN 1695-0194 [RECPC 07-02 (2005), 11 ene.].

<sup>9</sup> Véase Dencker, Friedrich, *StV*, 1988, p. 266, donde invoca la eficacia como base de legitimación de las regulaciones del Derecho Penal del enemigo. Citado por Gracia Martín, *op. cit.*

<sup>10</sup> En la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 6 de marzo del 2008 se consigna, en la fracción A-III del artículo 20 que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir

Si el “principio acusatorio” que postula el sistema acusatorio busca que el imputado pueda conocer la prueba que existe en su contra, es lógico que este “conocer” se logre cuando, a la vez, se le permita “intervenir”, “participar”, “aportar” y, necesariamente, “contradecir” pruebas. Si —como dice Cafferata Nores— “hoy prácticamente no se discute sobre la necesidad de realizar la justicia penal a través de un procedimiento oral”,<sup>11</sup> porque “el juicio oral es parte importante de la tradición y la cultura occidental, al haber sido acogido por la mayoría de los países occidentales porque es el que mejor (no el único) permite hacer justicia y a la vez respetar la libertad y la dignidad del hombre”,<sup>12</sup> se entiende que la oralidad no es fin en sí mismo sino los principios que de ella se desprenden.

Ha sido común en México que cada iniciativa de reforma procesal penal esté acompañada por una iniciativa de reforma constitucional. Para los juristas, esto no puede dejar de ser un tema de reflexión. Si cada vez que se requiere implementar un sistema garantista debe reformarse la Constitución Política, es señal de que la misma no es garantista o, caso contrario, que lo que se quiere reformar no obedece a garantía procesal alguna.

No se ignora que desde la misma Constitución no puede renunciarse al pensamiento filosófico de la cultura mexicana, cuando exige que esa misma educación debe impartirse a todos con la intención de contribuir “a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o de individuos”.

Imponer un “sistema” de Derecho Penal que mira al delincuente como un “enemigo” de la tranquilidad, seguridad y paz social no exige, únicamente, reformar el artículo 16 constitucional y aquellos rela-

en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. En la fracción A-IV se admite que “el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”.

<sup>11</sup> Cafferata Nores, José I., “Juicio penal oral”, en *Temas de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 270-271.

<sup>12</sup> *Idem.*

cionados con el debido proceso, sino a la vez modificar el pensamiento, la forma de ser del ciudadano mexicano y, consecuentemente, los artículos de la Constitución que protegen, a través de garantías constitucionales, los derechos humanos. Tal parece que las causas de justificación —entre ellas la “legítima defensa”— que legitiman a la policía a actuar, otorgan una mejor comprensión del problema de la delincuencia organizada que imponer un sistema “autoritario”, violatorio de derechos en el sistema de justicia penal.

La distinta situación nos coloca ante cuatro tipos distintos de procedimiento, que podemos discriminar como: procedimiento militar (que relaciona al Ejército en una investigación), procedimiento policial (que relaciona a los órganos de seguridad e inteligencia), procedimiento judicial (que involucra al Ministerio Público) y procedimiento jurisdiccional (que convoca al juez).

“El poder —ha dicho Vicente Bellver— es una realidad tan temida como deseada, tan peligrosa como necesaria. Sólo el que puede ejercitar alguna forma de poder provoca las guerras, reprime a los disidentes, comete atentados terroristas [...]. Pero igualmente, sólo en el ejercicio de ciertas formas de poder se puede ordenar rectamente la sociedad [...] En estos casos, hablamos de un poder legítimo, de un poder que no se ejerce de forma arbitraria sino imparcial y beneficiosa para los que están sujetos al mismo”.<sup>13</sup>

En la iniciativa de reforma constitucional preocupa al Presidente Calderón que: “a medida que un Estado democrático de Derecho avanza en su desarrollo político y económico, algunas variables se ven afectadas de modos diversos. Tal es el caso de la incidencia delictiva. Es por eso que en el mundo se reconoce que deben adecuarse las estructuras constitucionales y legales para dar respuesta a este fenómeno social con mayor efectividad pero con absoluto respeto a la legalidad”.<sup>14</sup>

Es posible que el “problema” que aqueja al Presidente de la República admita consenso. Sin embargo, equivoca el “procedimiento”. En efecto, en la exposición de motivos confunde razón de Estado con razón de justicia, y argumenta que:

<sup>13</sup> Bellver, *op. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> Calderón Hinojosa, Felipe, *Iniciativa de Reforma Constitucional*, 9 de marzo de 2007.

[...] es imperativo revertir los índices de inseguridad pública e imprescindible que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones; que sienta la certeza de que, ante la comisión de un delito, por menor que éste sea, se impondrá una sanción proporcional a la conducta y que la víctima tendrá a su alcance los elementos y medios eficaces para ser restituida en el agravio ocasionado. No podemos permitir —agrega— que nuestros hijos se acostumbren a vivir en medio de la violencia, a que vean como natural la impune comisión de los delitos. Es necesario generar un ambiente de paz pública que devuelva la tranquilidad a nuestras familias y sea uno de los elementos esenciales para el desarrollo de cada individuo y de la sociedad, en un marco de libertad y justicia.

¿Cuáles son los defectos que el Presidente observa en razón de la seguridad nacional y paz social? Los defectos los centra en el sistema de administración de justicia. ¿Cuáles son las soluciones al problema? Para resolver el “problema”, el Presidente propone fortalecer al Ministerio Público y a la policía para “atacar” la criminalidad organizada, y con ese objetivo se busca:

1. Redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal, y devolverle las facultades que poco a poco fue perdiendo en la práctica y en las legislaciones secundarias. El objetivo es que, como sucede en otros países, se fortalezca la profesionalización policial para que ésta pueda recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictuosos, sin la camisa de fuerza que significa una innecesaria subordinación jerárquica y operativa al Ministerio Público, sino únicamente contando con su conducción jurídica para construir los elementos probatorios que permitan llevar los asuntos ante los tribunales.
2. Un tratamiento diferenciado entre los delitos graves y aquellos considerados como de delincuencia organizada. En estos últimos, se propone conceder al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que estos casos requieren.

Al confundirse los “procedimientos” se ignora que:



[...] el poder político se legitima por la tradición, por el carisma del líder, o por el imperio de las leyes. Pero cualquiera de esas formas de legitimidad requiere, a su vez, un segundo juicio de legitimidad que responda afirmativamente a la pregunta: ¿este régimen político es respetuoso con la dignidad de la persona? Hoy en día se reconoce que sólo aquellos Estados que tienen regímenes políticos democráticos y que garantizan efectivamente los derechos humanos a sus ciudadanos, pueden responder afirmativamente a esta pregunta.<sup>15</sup>

No dejan de ser una realidad los problemas que suscita la delincuencia organizada para la seguridad, la paz social y la tranquilidad pública. Pero es una constante que “cuanto más grande y fuerte se hace el Estado, más fácil es que se vuelva contra los ciudadanos”, y que “en ocasiones lo hará de un modo sutil, aparentando moverse dentro de los márgenes previstos por la ley”.<sup>16</sup> Porque el Estado, “que ha de ser garante de los derechos de los ciudadanos, es también la principal y continua amenaza para los mismos. Cuando es la razón de Estado la que determina las decisiones del poder político, el ciudadano ve amenazada su libertad”.<sup>17</sup>

Qué bien lo ha expuesto Luigi Ferrajoli cuando dice que:

El Derecho Penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil [...] Lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados.<sup>18</sup>

En el mismo sentido piensa Claus Roxin cuando hace ver que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Dere-

<sup>15</sup> Bellver, *op. cit.*, p. 144.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>18</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

cho Penal sino también del Derecho Penal, al considerar que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado”.<sup>19</sup>

Como advierte Luis Gracia Martín:

Para hacer frente a los enemigos se recurre en las sociedades modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho Penal del enemigo. Una primera manifestación de éste, está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva), y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho.

Una segunda característica del Derecho Penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas, la cual tendría una doble manifestación. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionadas, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización. Para el caso alemán, Jakobs ve también una manifestación típica del Derecho Penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales alemanas de los últimos años se autodenominen abierta y precisamente como “leyes de lucha o de combate”, lo cual representaría, según él, un “paso de la legislación penal a una legislación de combate”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 68.

<sup>20</sup> Gracia Martín, *op. cit.*

Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho Penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. “Así, se pone de seguridad cognitiva: el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en estado natural y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar”<sup>21</sup> y “para ello necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en la realidad”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> En relación con las posibles restricciones constitucionales en materia de delincuencia organizada en el Dictamen de la Cámara de Diputados para la Reforma Constitucional, se pueden estudiar las siguientes restricciones: primero, artículo 16: “[...] La autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”. Segundo, artículo 16: “[...] En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República, tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquella que por ley tenga carácter reservado, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito”. Tercero, artículo 17: “[...] Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”. Cuarto, artículo 20, A-III: “[...] Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador”. Quinto, artículo 20, A-V: “En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra”.

Por último, “no deben perderse de vista determinadas regulaciones del Derecho Penitenciario que, sin duda, constituyen exponentes típicos del Derecho Penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional”.<sup>23</sup>

Cuando se entiende el Derecho Penal *ultima ratio* se comprende, con mayor precisión, lo que hemos dicho hasta ahora. Una sociedad que convierte en delito sancionable la virtud que quiere formar, ha renunciado a la educación acudiendo a la represión, a la formación de esa virtud mediante el temor al castigo.

### III. NORMA DE ACTUACIÓN Y ACCIÓN EFICIENTE

No deja de llamar la atención, por lo menos en las distintas exposiciones de motivos, que los posibles “problemas” a enfrentar son de eficacia de las instituciones jurídicas más que de reformas constitucionales y de normas procedimentales. La ineficacia “ejecutiva” procura, por todos los medios, que sea la Constitución, no la ley, la que en definitiva fije la pauta a seguir. Esta realidad —como política criminal— puede ser grave, entre otras razones, porque impide el control constitucional integral. Si la Constitución protege derechos, las leyes secundarias tendrán que lograr sus objetivos —que en definitiva es el bien común de la sociedad— sin prescindir de esos derechos, cuidando las distintas disposiciones que los garantizan. De ese modo la “función” legislativa será cada vez más técnica, más precisa, menos de “aficionados”.

En efecto, el Ejecutivo Federal durante la presidencia de Vicente Fox hizo ver en la exposición de motivos de su iniciativa del año 2004, el “descrédito de las instituciones por la ineficacia en el actuar de las autoridades, que se traduce en inseguridad pública y en mayor impunidad”. Para el ex Presidente, “una de las causas que pueden explicar la falta de presentación de denuncias, por parte de la ciudadanía, deriva de su desconfianza hacia las instituciones, lo que da como resultado la llamada “cifra negra”; es decir, el número de delitos que efectivamente son cometidos pero que no son denunciados ante las autoridades competentes y, por lo tanto, quedan impunes y fuera de los registros oficiales”. Con la iniciativa de reforma constitucional y de algunas

<sup>23</sup> Gracia Martín, *op. cit.*

normas del sistema de justicia penal se proponía “lograr un sistema de justicia penal federal eficaz y eficiente”.

Dicha reforma estructural se sustenta en tres ejes fundamentales, en la especie, la transformación del procedimiento penal hacia un sistema acusatorio, la reestructuración orgánica de las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia, así como crear tribunales especializados en adolescentes y jueces de vigilancia de la ejecución de penas y, por último, “la profesionalización de la defensa penal”, lo que exige “un cambio de modelo en los sistemas de seguridad pública” que “responda a las exigencias del régimen democrático que día a día estamos construyendo todos los actores políticos de la mano de la sociedad”.

Desde el ámbito del Ministerio Público y la policía judicial, la iniciativa “contempla la previsión de la dirección funcional del Ministerio Público sobre la Policía independientemente de la adscripción orgánica que la ley le otorgue a dicha corporación”, sin dejar de reconocer que “los cuerpos policíacos deben regirse por criterios objetivos y de alta profesionalización, razón por la cual la propuesta de reforma también contempla la autonomía técnica y operativa de la Policía”.

Desde la investigación preocupaba al Ejecutivo:

La necesidad de llevar a cabo tareas de coordinación eficaz y eficiente entre las autoridades encargadas de la seguridad pública, toda vez que uno de los grandes problemas que enfrentan las autoridades en esta materia es la falta de profesionalización y uniformidad en el sistema de seguridad pública, situación que ha provocado la dispersión de criterios en la selección de los integrantes de los cuerpos policíacos [...] Lo anterior, se traduce en la falta de resultados homogéneos en los tres órdenes de gobierno, por las sensibles diferencias en las características y capacidades de los responsables de la seguridad pública, de una región a otra.

Dentro de la “política criminal” del Ejecutivo Federal, la iniciativa de reforma constitucional tenía como objetivo —entre otros— “lograr un sistema de seguridad pública profesional y uniforme” reformando el artículo 21 de la Constitución Federal, con la finalidad de señalar que “la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán en los términos que la ley general señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública profesional y uniforme

en todo el país para cumplir con eficacia sus respectivas atribuciones en esta materia”.

En marzo de 2007, el Ejecutivo Federal, esta vez bajo el gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, propone una Reforma Integral preocupado de que “a medida que un Estado democrático de Derecho avanza en su desarrollo político y económico, algunas variables se ven afectadas de modos diversos. Tal es el caso de la incidencia delictiva. Es por eso que en el mundo se reconoce que deben adecuarse las estructuras constitucionales y legales para dar respuesta a este fenómeno social con mayor efectividad pero con absoluto respeto a la legalidad”.

Siguiendo un criterio de investigación represivo —*ius puniendi*— y, consecuentemente, “renunciando”, “cediendo” o “rindiéndose” a la “realidad” delincencial, se considera que “la globalización y las nuevas tecnologías han modificado no sólo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus valores y costumbres”. Para nadie es un secreto que un cambio de valores y costumbres requiere de educación en estas cuestiones —*ius educandi*— o, en su caso, *ius vigilandi* o *ius previniendi*. Sin embargo, la solución que se ofrece en lugar de la educación es “una revisión a fondo, una modernización que permita hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado”.

Para el Ejecutivo Federal: “Nuestro sistema de justicia ha colocado la figura del Ministerio Público [...] como la autoridad a cargo de la investigación de los delitos, con el auxilio de una policía bajo su autoridad y mando inmediato que, sin autonomía funcional y administrativa, ha visto limitada su capacidad de investigación”. El estudio previo a la iniciativa hacía ver que:

El Ministerio Público fue concebido por el Constituyente de 1917 como la autoridad a la que correspondía, en conjunto con la policía, mas no a ésta como un auxiliar de aquél, la persecución del delito, reservando la acción penal al órgano jurídico que presentase el caso ante los tribunales. Fue hasta la reforma constitucional de 1996, cuando la palabra “investigación” se incorporó al texto del artículo 21 y se dejó por completo esta función y la persecutora al Ministerio Público, convirtiendo a la policía en un órgano auxiliar que sólo puede investigar bajo las directrices estrictas del primero. Esta reforma constitucional, que fue producto de la tradición de la legislación procesal secundaria, hizo que el Ministerio Público fuera rebasado por la realidad social.

La solución que ofrecía la iniciativa de reforma resultaba, sin embargo, equívoca y contradictoria. Si una institución no funciona porque no cumple con su cometido, lo propio es que se le haga funcionar sin necesidad de una ley, y menos aún de una reforma constitucional. Es un dato de experiencia que todas las policías judiciales y/o ministeriales trabajan —investigan— en razón del proceso y, por ende, en función de las directrices del Ministerio Público. Sin embargo, desde el Ejecutivo Federal se considera que si “actualmente, el Ministerio Público no realiza la investigación por sí mismo sino que, tradicionalmente, la ha delegado en la policía y ésta, al no ser constitucionalmente la autoridad responsable de la investigación, se construye al cumplimiento de las instrucciones que recibe, limitando así sus habilidades e impidiendo su profesionalización al no asumirse como actor principal de la investigación”, entonces la solución es “redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal y devolverle las facultades que poco a poco fue perdiendo en la práctica y en las legislaciones secundarias”.

No se requería de una reforma constitucional para introducir el sistema acusatorio. La Constitución no es contraria a los principios de oralidad, inmediatez, contradicción y concentración en razón de la publicidad que promueve (artículo 20 constitucional); menos aún, para lograr la profesionalización de los oficiales de policía y los agentes del Ministerio Público. Con menor razón para sujetar los cuerpos policiales a los requerimientos “procesales probatorios” del Ministerio Público. El Poder Ejecutivo escoge el camino más largo: una reforma constitucional que le permita hacer lo que ya podía lograr, al considerar que:

El objetivo es que [...] se fortalezca la profesionalización policial para que ésta pueda recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictuosos, sin la camisa de fuerza que significa una innecesaria subordinación jerárquica y operativa al Ministerio Público, sino únicamente contando con su conducción jurídica para construir los elementos probatorios que permitan llevar los asuntos ante los tribunales.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Si estudiamos los “parches” con los cuales se ha reformado el Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León para introducir los “juicios orales”, más propiamente el “procedimiento oral penal” que “surge” desde un conglomerado de normas “inquisitivas” y “acusatorias” prioritariamente escritas y lleno de formalismos;

A criterio del Ejecutivo Federal, la “eficacia” está en “redistribuir las facultades de investigación entre los órganos responsables (policía y Ministerio Público)”, lo que “permitirá una investigación más científica, objetiva y profesional, con la consecuente solidez en el ejercicio de la acción penal”. Sin embargo, en lugar de optar por una legislación técnica acertada, promueve una normativa constitucional “cómplice” de un “proyecto” represivo. Más propiamente, “constitucionalizar” un régimen de excepción. Para introducir sistemas no garantistas contra la delincuencia organizada y cercenar algunos derechos de defensa de los imputados la instancia de reforma, primero, llama la atención a los tratados de derechos humanos y, luego, en contra de esos mismos tratados, plasma su objetivo.

En efecto, sostiene por un lado la necesidad de “articular el modelo de justicia con los instrumentos internacionales de los que México es parte y que preceptúan diversos derechos de las víctimas y los imputados”. Por otro, admite que “un modelo eficaz, ante el incremento de la delincuencia, no puede estar sustentado de manera exclusiva en mayores facultades para las autoridades policiales sin control alguno; sino que, en todo caso, debe contar con los equilibrios propios e indispensables que exige la justicia y, en general, un Estado democrático de Derecho”.

Sin embargo, sin pronunciarse sobre las ventajas del sistema acusatorio o el garantismo procesal, concluye en la necesidad de “un tratamiento diferenciado entre los delitos graves y aquellos considerados como de delincuencia organizada”, para “conceder al Ministerio Público mayores herramientas de investigación que puedan ser implementadas con la premura que estos casos requieren”, y a la vez “elevar la capacidad de investigación [...] a la altura de las nuevas facultades constitucionales” fortaleciendo “las tareas de prevención policial”. Se propuso, entonces,

[...] reformar el artículo 21 de la Constitución para establecer claramente que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la

el Código de Procedimientos Penales de los estados de México, Chihuahua y Oaxaca, nos daremos cuenta que ninguno de ellos deviene en inconstitucional. Por el contrario, en lo posible, y a través de la oralidad que introduce, a la vez, los principios de contradicción, inmediatez, continuidad, defensa y legalidad, procura el debido proceso y un *iter* procesal garantista conforme a los actuales artículos 1, 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de la República Mexicana.



policía, la cual actuará bajo la conducción jurídica de aquél en el ejercicio de esta función. La intención es que la investigación siga a cargo, jurídicamente, del Ministerio Público, pero que en ella la policía actúe con la autonomía técnica y funcional necesaria y propia de su naturaleza, con facultades y atribuciones que, sin lesionar o molestar derechos sustantivos, permitan el conocimiento de los hechos aparentemente delictivos y la identificación del probable autor o partícipe.

Para el Ejecutivo Federal “la policía debe asumir la responsabilidad en la investigación técnica y científica de los delitos. Para ello, no basta otorgarle autonomía bajo la conducción jurídica del Ministerio Público, sino que es imprescindible contar con herramientas complementarias” logrando “cuerpos policiales altamente capacitados y con sólidas bases profesionales para el reto que significa el abatimiento de la impunidad”.

¿Es eficaz el sistema de justicia si se renuncia al “garantismo” o, en su caso, al “control” jurisdiccional? ¿Corresponde a una reforma constitucional que dé pie a una reforma legislativa, facilitar ese nuevo “sistema” de administración de justicia? ¿Si la “delincuencia” organizada requiere una declaración de “guerra”, corresponde al Poder Judicial —como administrador de justicia— librar esa guerra?

#### IV. EL ESTADO Y/O EL IMPUTADO SOMETIDO A PROCESO

El sistema de administración de justicia o sistema de justicia penal cae, a veces, en un error de comprensión, en la que nos coloca la disyuntiva de un Estado que, por un lado, está controlado —limitado— por las garantías normativas, institucionales y orgánicas que protegen —contra el Estado mismo— los derechos humanos. A la vez, los mismos ciudadanos —sujetos de esos derechos— convocan al Estado a proteger esos derechos humanos cuando han sido los particulares los que han violentado sus derechos de la personalidad, protegidos por el Derecho Penal como bienes jurídicos.

En esta disyuntiva, el “garantismo” nos enfrenta a un sinnúmero de contradicciones, más propiamente, valores a ponderar, que conviene aclarar, para luego, paliar con ellas; igualmente, resultan contradictorias constitucional, legal o procesalmente mal o injustamente enfocadas.

Mientras que los particulares exigen que el Estado motive y fundamente cualquier acto de autoridad (artículo 16 constitucional), a la

vez exige al Estado la protección de los bienes de la personalidad tipificados como delito en el Código Penal (artículo 14 constitucional), a la vez que ningún ciudadano puede hacerse justicia por sí mismo (artículo 17 constitucional), el Estado, obligado a iniciar proceso y facilitar el acceso a la justicia, está limitado en sus potestades en la investigación de los hechos ilícitos que ponen en peligro la seguridad (artículo 20 constitucional). ¿Cuáles son los límites de la potestad del Estado en la protección de los derechos humanos, como medio de control y/o poder social, y cuáles son las potestades del Estado en cuanto a la protección de los derechos humanos como límite de la acción libre de los ciudadanos?<sup>25</sup>

Esta pregunta nos conduce a dos respuestas distintas y, consecuentemente, a dos modos diversos de concepción del ius puniendi. Nos coloca ante dos extremos de un péndulo: por un lado, el garantismo que busca en el debido proceso la protección de los derechos del imputado; y por otro lado, la capacidad de reprimir las conductas ilícitas que se adecuan a un tipo penal, violando los derechos de los particulares.

<sup>25</sup> Cfr. Pérez Luño, A. Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”, en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pp. 47 y ss. Pérez Luño, A. E., “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 21-51. Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 44-47. Quintana Roldan, Carlos y Sabido Peniche, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2001, p. 20. Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli: un acuerdo global y una discrepancia”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 216. Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 139. Hervada, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Ars Iuris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 25, 2001, p. 234. Pacheco, Máximo, “Los derechos fundamentales de la persona humana”, en *Serie Estudios de Derechos Humanos*, t. II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995, p. 68. Brewer-Carias, Allan R., *Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1976, p. 28. Martínez de Vallejo Fuster, Blanca, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 48. Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pp. 43-44.

Esa interpelación enfrenta a la víctima del delito contra el autor del hecho típico. Crea la institución del Ministerio Público, o Ministerio Fiscal como órgano acusador en representación del Estado, y al defensor letrado para protección de los derechos del imputado. Una pregunta que, extrañamente, exige al Estado la averiguación de la verdad y, a la vez, permite al imputado la consolidación de lo falso. Un cuestionamiento que, dependiendo del prisma, facilita la represión o la impunidad. Ante esta interrogación, el Estado —a través de sus entes represivos— se ve exigido y limitado, enfrentado lo justo ante lo injusto. He aquí la gran disyuntiva.

No por contrato, ni por consenso, sino porque el hombre es un ser social por naturaleza, en la que de modo igualmente natural se exige la presencia de la autoridad en el reconocimiento y protección —no mediante otorgamiento— de los derechos humanos, la persona humana, objeto —en cuanto bienes de la personalidad— y sujeto —en cuanto persona coherente con su dignidad— de esos derechos, ha de comprender sus alcances y límites en razón de la búsqueda para el encuentro de la justicia conmutativa, distributiva, legal y resarcitoria.

No es el Estado el que enfrenta la violación de los derechos humanos por los abusos de autoridad, la privación de libertad con o sin ánimo de lucro, la esclavitud, la trata de mujeres y niños, la guerrilla, el narcotráfico, la economía subterránea, la explotación laboral, la defraudación en todas sus formas, la sustracción de los bienes o la pérdida de la vida y de la libertad. No es el Estado el que sufre las violaciones contra la paz, la tranquilidad pública, la seguridad ciudadana; sino los particulares, los miembros de una comunidad —por participación o pertenencia— organizada. Cuando se debilita el bien común, sufre y disminuye la seguridad en los bienes de la personalidad, en los intereses particulares. He aquí la gran disyuntiva.

Sin embargo, cuando la sociedad sufre la delincuencia organizada, aunque no debemos hacer “justicia” por propia mano, el imputado —el autor de hechos ilícitos— deviene en sujeto de derechos y garantías constitucionales y el Estado se convierte en el gran “delincuente”, en el injusto “represor”. El primero tiene derecho y el segundo límites. Entonces, ¿a quién corresponde la prevención y/o investigación del delito?

## V. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A FAVOR DE LOS SUJETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aunque parece verdad de Perogrullo, el ciudadano es sujeto de los derechos humanos. El fundamento de esos derechos es la dignidad de la persona humana. Su objeto, los bienes de la personalidad. Pero como garantías normativas, éstas se conforman de los valores sociales y culturales de la nación, de principios constitucionales, principios hermenéuticos que rigen e interpretan la acción de la autoridad y, a la vez, en principios de protección de los bienes de la personalidad en el Derecho Público —Derecho Penal— y en el Derecho Privado —Derecho Civil—.

Como garantías del gobernado, las garantías constitucionales son un poder social contra las potestades del Estado en la protección de los derechos de los ciudadanos. Pero como igualmente garantías del gobernado, definen las potestades del Estado para proteger los derechos humanos de la posible violación de los mismos por parte de los particulares. Entonces, la protección de los derechos humanos limita y faculta la potestad estatal.<sup>26</sup>

Pero no son los derechos humanos, como bienes particulares, los que limitan o facultan a actuar a las instituciones del Estado, más propiamente, a las instituciones represivas del Estado, sino el bien común, es decir, la realidad misma de la organización social que exige

<sup>26</sup> Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM/Civitas, 1982, p. 56. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 66. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001, p. 870. Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Valencia, Debate, 1990, pp. 143-144. Pérez Luño, A. Enrique, “El proceso de positivación de los derechos humanos”, en Varios, *Los derechos humanos. Significación. Estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, p. 229. Carrio, Genaro, “Sobre la administración de justicia y el derecho a la jurisdicción”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, Madrid, Universidad Complutense de Madrid/Instituto de Derechos Humanos/Facultad de Derecho, 1988-89, p. 44. Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Guadiana, 1973, p. 243. Wroblewski, Jerzi, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 97. Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 105 y ss. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 26. Cascajo, José Luis, “El problema de la protección de los derechos humanos”, en Pérez Luño et al., *Los derechos humanos*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, p. 294.

la paz social, la tranquilidad y moral pública, la seguridad ciudadana, la justicia conmutativa.

Esas garantías del gobernado no son únicamente normativas, sino que a la vez conforman instituciones y órganos —principalmente procedimentales— de naturaleza constitucional o legal, para hacer eficaces las garantías normativas y los propios derechos como bienes de la personalidad. Las garantías orgánicas son el modo de hacer eficaz —mediante, por ejemplo, la obligada fundamentación y motivación de los actos de autoridad, o el acceso a la justicia—, los derechos humanos. Como garantías adjetivas, las garantías orgánicas son potestad, capacidad, facultad de actuar, tanto de los particulares, contra los particulares y el Estado, como del Estado mismo. De ahí que desde las garantías del gobernado, la primera exigencia del Estado es la potestad, capacidad y facultad de hacer eficaces los derechos humanos.

Se equivoca, entonces, el que cercena al Estado esta potestad, capacidad y facultad, y mira las garantías desde el poder social, únicamente como límites de acción del Estado, pues con ello perjudica el bien común, necesario para la común protección de los mismos derechos humanos. Desde esta óptica, a nuestro criterio equivocada, la protección de los derechos humanos significa eliminación de toda autoridad, limitación de cualquier liderazgo social que prescinda, necesariamente, de la existencia misma del Estado. Este es un modo de denominar a la anarquía.

## VI. EL PAPEL DEL BIEN COMÚN EN LA INVESTIGACIÓN

La justicia social —conmutativa y distributiva—, la seguridad ciudadana, la tranquilidad pública, la paz social, son cuatro efectos propios de la vida del hombre en sociedad que, por lo general, se atribuyen al Estado. Dependiendo de la “autoridad” que tenga cada “potestad” gubernamental es propio que se atribuya, de forma distinta, a alguno de los tres poderes estatales. Sin embargo lo cierto es que la seguridad, la paz, la tranquilidad, la justicia son un objetivo de la solidaridad en sociabilidad que, por lo general, se exigen al Poder Ejecutivo: inteligencia policial; investigación policial; prevención policial; educación y formación policial; organización social; confianza policial; prevención del delito. Efectos que se disfrutan cuando el objetivo del Estado, y el de todos los ciudadanos, es la conquista del bien común.

No se ignora que bajo la “excusa” del bien común se han justificado algunas injusticias. Sin embargo, igualmente se han cometido injusticias y violado derechos bajo el egoísmo del bien particular o sin proteger bien alguno. Más aún, cercenando bienes, derechos y garantías. Desde el control natural propio, que surge de la división de poderes en el Estado moderno, el bien común es más fácil de identificar, aunque más difícil de justificar.

Cuando hablamos de garantías normativas, institucionales y orgánicas a favor del gobernado, nos referimos a la protección de los derechos humanos a través de garantías individuales que procuran la protección de los bienes particulares o bienes de la personalidad. Cuando hablamos de la protección de intereses difusos, de los que se beneficia la sociedad en general, el objetivo del Estado es consolidar el bien común sin detrimento de las garantías individuales. Es lo que se conoce como limitaciones, desde la teoría de los derechos humanos.

Ante la delincuencia organizada, algunos han querido solucionar el problema implementando modos de reacción social o de investigación policial que se acomodan a la “ilegalidad” propia de la delincuencia. Creyendo que el Estado debe reprimir esas formas de “violencia” desde el Derecho Penal, nace entonces, como concepción equívoca, el Derecho Penal del enemigo. El hombre civilizado cree necesario utilizar las mismas “armas” que ocupa el enemigo para defenderse. Más propiamente, para dominarlo.

Otros han querido cercenar derechos y/o garantías normativas u orgánicas para contrarrestar el efecto nocivo que causan quienes, en un Estado de Derecho, utilizan el mismo “derecho” o, más fácilmente, la propia legislación que “crear” sus derechos y, por ende, las “garantías” de su protección para perjudicar los bienes humanos básicos. Es que los bienes de la personalidad son, como derechos humanos, inviolables, y también como derechos humanos frágiles, si no se conciben dentro de un contexto social; es decir, dentro de la comunidad en la cual se pertenece o se participa sin exclusión.

Por eso, por encima y para fortalecer las garantías individuales, y en razón de la misma dignidad de la persona, fundamento de sus derechos humanos en la sociedad, y como potestad del Estado, prima el bien común como único límite de esas garantías que en lugar de limitar potencian los propios derechos que ellas garantizan. Pero son prioritarias no en la aplicación de una sanción ante un hecho ilícito, sino en la defensa de la justicia social, la seguridad ciudadana, la tranquili-

dad pública y la paz social cuando éstas se ven comprometidas por la acción de un tercero ajeno o cercano.

Así como la justicia es el objeto del Derecho; el bien común es el objeto de la política. Ambos son objetivo principal del Estado democrático y social de Derecho. El Estado no puede mirar el deber en razón de la existencia de un derecho que le obliga por razones de justicia, sino un deber que sin razón de derecho y sin exigencias de la justicia, encuentra su fundamento en la sociabilidad natural de la persona humana. Un deber que es responsabilidad moral de todos los ciudadanos, porque el bien común es el disfrute y construcción responsable propios de la justicia conmutativa.<sup>27</sup>

## VII. DIFERENCIAR INVESTIGACIÓN Y PROCESO

La experiencia periodística, el “criterio” social y la opinión pública confunden y atribuyen a los órganos policiales lo que casi siempre es responsabilidad de los jueces, la Procuraduría General, su Ministerio Público y la policía judicial y/o ministerial: el éxito o fracaso en la investigación de un delito se atribuye al éxito o fracaso de los oficiales de investigación judicial. Este “criterio social” no está alejado de la realidad, porque investigación y proceso son y deben ser dos institutos distintos, separados en razón de la seguridad de la nación, confluentes en la investigación procesal por delito. El proceso es uno de los géneros de la especie investigación.

<sup>27</sup> Cfr. Barrio Maestre, José María, *Positivismo y violencia. El desafío actual de una cultura de la paz*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1997, p. 70; Bovero, *op. cit.*, p. 216; Buchanan, James y Tullocks, Gordon, *El cálculo del consenso (Fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Madrid, Espasa Calpe, 1980, p. 361; Cardona, Carlos, *La metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966, pp. 38 y 40; Carpintero Benitez, Francisco. “Norma y principio en el *ius commune*”, en revista *Ars Iuris* núm. 25, México, Universidad Panamericana, 2001; Carpintero Benitez, Francisco. “Principios y normas en el Derecho: una alusión intempestiva”, en *Anuario de Derecho*, núm. 4, Buenos Aires, Universidad Austral/Abeledo-Perrot; Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de Historia*, Madrid, CEC, 1991, p. 34; D’Agostino, Francesco, “Los derechos y deberes del hombre”, en *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM, 2001, p. 101; Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992; Goyard-Fabre, Simone, “Los derechos del hombre: orígenes y perspectivas”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p. 29; Martínez Pineda, Ángel, *El Derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, México, Porrúa, 2000; Millán Puelles, Antonio, “Bien común”, en *Enciclopedia Rialp*, t. IV, Madrid, 1981; Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 109.

Debemos de entender que el Estado tiene como objetivo el bien común, el cual procura garantizar a través de la protección individual y social de los derechos humanos, opero existe un sinnúmero de investigaciones que permiten decisiones de Estado que se fundamentan en medios de prueba que comprueban acciones contrarias a la justicia, la paz, la tranquilidad y la seguridad, y que no pueden ser sometidas a proceso porque exigen una decisión políticamente distinta.

Debe aclararse a qué tipo de investigación nos referimos. En materia de seguridad pública todo es investigación y, desde una política criminal, sólo lo que el Ministerio Público considera que debe acusar, sometiéndolo al juicio de los tribunales, lo encamina a un proceso, aun cuando a la investigación se le hayan querido otorgar normas de procedimiento.

Claro está que no toda investigación en materia de seguridad pública exige el debido proceso. Las normas procedimentales y procesales se exigen, desde el Derecho Procesal Penal, cuando la investigación va encaminada a preconstituir prueba que sirva para comprobar un hecho ilícito en el que haya participado un sujeto que deba ser “reprimido” por dichas acciones. Muchas otras investigaciones tienen otros objetivos en prevención de la justicia, la seguridad, la paz y la tranquilidad social.

### VIII. LA INVESTIGACIÓN POLICIAL POR DELITO

La iniciativa de reforma del Presidente Felipe Calderón acierta en que la investigación es propia del órgano policial. Se trata, en todos los sistemas, de un cúmulo de actividades policiales (inteligencia, vigilancia, prevención, técnicas criminalísticas y/o científicas, etc.) que son recogidas por el órgano acusador (Ministerio Público, Fiscalía o Procuraduría) para sostener una acusación ante el órgano jurisdiccional.

Toda investigación por delito debe estar en manos de una policía técnica y científica que, utilizando las artes de la Criminalística, la Criminología, la Victimología y la Ambientología y, con ellas, la Psicología, la Sociología y la Antropología, etc., permitan comprobar que un hecho ilícito causado por una persona, ha tenido repercusiones sociales y merece una sanción punitiva o, cuanto antes, una solución del conflicto. La doctrina la denomina “policía judicial”. En México se le identifica con la policía ministerial.

En la investigación por delito, es la policía la que debe llevar la iniciativa procurando hacer de la denuncia —*notitia criminis*— un caso.



Una investigación que se sale de los márgenes de la justicia común y/o distributiva salta al otro lado del péndulo cuando el Estado, en lugar de limitarse en sus atribuciones y potestades, se ve obligado a sancionar conductas para proteger derechos. Las garantías que son formas de control del poder estatal convocan ahora al mismo Estado para aplicar como iguales garantías de los derechos humanos, transgredidos esta vez por los particulares, la protección de los derechos de la personalidad a través del Derecho Penal.

La celeridad en razón de la eficacia del procedimiento exige la rapidez en la investigación. Para ello, la policía judicial debe asumir la investigación del delito. Esta investigación, en cuanto policial, debe guiarse por reglas hipotéticas claramente acusatorias, más por métodos claramente inquisitivos. De hecho, se parte de una “hipótesis de culpabilidad”, pues de lo contrario no habría objetivo.

Si bien este criterio ha sido acusado de inquisitorio, debemos partir de la idea de que toda investigación por delito es, de inicio, una investigación inquisitiva, sin que la normativa procesal impida que cuanto antes acuda al “principio acusatorio”. No sin razón se establece dentro del derecho de defensa que al imputado, al ser intimado de cargos, se le ponga en conocimiento de las pruebas que existen en su contra.

El sistema acusatorio, si bien atribuye al Ministerio Público la dirección y el control de la investigación, lo hace para discriminar, si se inicia un proceso. Son los informes policiales los que permiten al fiscal “resolver” si se inicia el procedimiento preparatorio, se ordena el archivo de la causa, su desestimación o, en su defecto, el sobreseimiento definitivo. El mismo informe permite comprobar la “prudencia” de aplicar un criterio de oportunidad.

Cuando el Ministerio Público asume la investigación para encaminarla a un proceso, renuncia a la celeridad, en primer lugar, porque los fiscales terminarán por realizar acciones policiales; en segundo lugar, porque los fiscales no podrán cumplir con la investigación y, a la vez, con el procedimiento; en tercer lugar, porque los fiscales no podrán controlar la legalidad del procedimiento (imbuidos) en la “agilidad” de la investigación; y en cuarto lugar, porque el fiscal estaría realizando los actos de investigación que competen a la policía judicial, lo que por lo general crea incomprendiones, desorden, conflicto interinstitucional, renunciándose a la naturaleza de auxiliares del Ministerio Público que ocupa la función de dicha policía.

El sistema acusatorio no ha sido concebido para que los fiscales realicen el acto policial probatorio, porque no se debe cometer el error

de utilizar dos instituciones para un mismo fin: la investigación. El “sistema acusatorio” rehúye crear duplicidad de funciones.

#### IX. INICIATIVA POLICIAL BAJO DIRECCIÓN FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mientras la policía judicial y/o ministerial está convocada a investigar los hechos ilícitos, al Ministerio Público se le exige determinar, de cada investigación, qué causas pueden —y/o deben— ser sometidas al proceso y, por ende, perseguidas penalmente ante los tribunales de justicia.<sup>28</sup> Es una decisión de los fiscales del Ministerio Público, amparada en una clara política criminal de la Procuraduría General, la que permite el nacimiento de la relación procesal penal. Lo primero que interesa es esclarecer el hecho; sólo en segundo lugar debe comprenderse el interés social o estatal para sancionarlo.

El Ministerio Público tiene la potestad de no admitir una investigación que, sin su dirección y control, deviene en actividad procesal defectuosa. Dirige, porque debe procurar que la investigación sea conforme a Derecho. De ahí que la policía judicial y/o ministerial deba realizar la investigación bajo los criterios legales y técnicos que le fija el Código de Procedimientos Penales, su Ley Orgánica y las directrices del Procurador General de la República. En lo demás, debe darse una completa independencia funcional.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Se lee en la reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 6 de marzo de 2008 respecto del artículo 21 constitucional: “La investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

<sup>29</sup> Así se procura comprender en el Dictamen de la Cámara de Diputados referente a la redacción del artículo 21 constitucional: Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El ministerio público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las institucio-

Se nota aquí que hay una diferencia de matiz, que debe ser comprendida para arribar a la tan querida celeridad que se ambiciona. No se descarta, a su vez, que la investigación policial esté sujeta a normas o directrices de procedimiento, las que en definitiva permitirán que el caso sea remitido a los tribunales. Con ese fin, hemos distinguido lo que es investigación y lo que es proceso. Para ese objetivo, el Ministerio Público debe plasmar una política de dirección que, sin interferir en la función policial, fije las líneas de acciones de la policía, para luego dejarla trabajar según sus propios criterios técnicos.

La responsabilidad de la policía judicial es entregar el caso al Ministerio Público, debidamente investigado, para iniciar un procedimiento preparatorio —nótese que en parte se sustrae la investigación de este procedimiento— que le permite iniciar la relación procesal penal.

Una política de celeridad, encaminada a simplificar y desformalizar el procedimiento preparatorio, exige de los fiscales adquirir una cultura procesal que los encamine a confiar del acto policial probatorio, facilitando: la oralidad con el contradictorio o la inmediatez; romper con criterios preconcebidos de lo que es un acto probatorio; facilitar la veracidad del acto probatorio; facilitar la participación de los sujetos procesales; no “inventar” procedimientos y, finalmente, encarrilar el acopio de pruebas en la investigación únicamente para facilitararlo en la etapa de juicio.

Vale aclarar que el “problema de la investigación” —que ha sido dividida equivocadamente en tres fases procesales: fase preparatoria, fase intermedia y fase de juicio— se confunde dentro de las tres fases de la investigación: investigación policial, investigación preparatoria e investigación jurisdiccional, porque igualmente se confunde acopio de pruebas con su incorporación y valoración.

nes de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.

e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional, serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines”.

